

## **Peligrosidad: Cambalache “problemático y febril”**

### **Notas acerca del concepto de peligrosidad aplicado en casos de medidas de seguridad impuestas a personas con padecimiento mental**

*Romina Ailín Urios, Marien Bajar, Melina Galeano,  
Fernanda Kaufmann, Ana Clara D'Ovidio y Xavier Oñativia*

*rominaurios@yahoo.com.ar*

Facultad de Psicología | UNLP

#### **Resumen**

Como miembros integrantes del Proyecto de investigación “PRÁCTICAS Y DISCURSOS EN TORNO A LA INIMPUTABILIDAD EN CONTEXTO DE ENCIERRO PENITENCIARIO: EXPLORACIÓN DE LA NOCIÓN DE PELIGROSIDAD EN MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL MARCO DE LA LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL”, en este escrito nos proponemos realizar algunas indagaciones respecto al concepto de peligrosidad utilizado desde el derecho, para justificar medidas de seguridad en sujetos con algún padecimiento mental que han infringido la Ley Penal. Partimos de la premisa de que el concepto de peligrosidad ha sido heredado del paradigma positivista y que, actualmente, continúa presentando resistencias para ser dejado en desuso.

Nuestra hipótesis de trabajo se basa en que, cuando se apela al concepto de peligrosidad para implementar una medida de seguridad en un sujeto declarado -por ley- inimputable, lo que se hace es ir contra derecho. En los siguientes párrafos, intentaremos dar cuenta, por medio de un estudio bibliográfico, de la consistencia de esta hipótesis, sin poder aún afirmarla en forma taxativa por ser un estudio preliminar dentro de la antes mencionada investigación.

Palabras clave: peligrosidad; salud mental; inimputabilidad; derecho

## Introducción

Con este trabajo nos proponemos, en primer lugar, dar cuenta del concepto de peligrosidad: su definición, su historia y su uso por parte del Derecho. Luego, intentaremos situar qué relación puede establecerse entre el concepto de peligrosidad y la medida de seguridad desde el Derecho, para finalmente adentrarnos en la especificidad del tratamiento que reciben aquellos sujetos con algún padecimiento mental que han cometido algún delito. Finalmente, intentaremos corroborar o refutar -parcialmente, por lo incipiente de nuestro estudio- la hipótesis de investigación planteada.

El recorrido bibliográfico realizado, nos ha permitido vincular al concepto de peligrosidad con el paradigma positivista, vinculación que desarrollaremos a continuación.

Nuestra metodología de trabajo consiste en la recopilación, la selección, la lectura y el análisis crítico de materiales bibliográficos que nos permitan realizar una aproximación al concepto de peligrosidad, desde su utilización por parte del derecho penal.

### ¿A qué llamamos “peligrosidad”?

Para definir este concepto es fundamental mencionar a quien fue pionero en su utilización, el filósofo alemán Ludwig Andreas Feuerbach quien, en 1799, conceptualizó el peligro como un principio subjetivo y una probabilidad, como “la cualidad de una persona que hace presumir fundadamente que violará el derecho” (Ruiz-Funes, 2011: 1125), donde la fórmula “violará el derecho” implica una seguridad.

El criminólogo italiano Enrico Ferri (1856-1929) identifica el peligro con la conducta criminal, afirmando que todos los delincuentes son peligrosos por el solo hecho de haber delinquido. De esta forma, el peligro se define por la circunstancia de haber cometido o intentado cometer un delito.

En línea con el planteo de Ferri, en 1920, Ludovico Mortara concibe a la peligrosidad como “el grado de ofensa que sufren las leyes de la convivencia social por un hecho delictivo” (Ruiz-Funes, 2011: 1126), agregando que no se mide por la imputabilidad, sino por la temibilidad y peligrosidad del autor.

### ¿Qué relación puede establecerse entre el concepto de “peligrosidad” y la medida de seguridad desde el Derecho?

Sostuvimos más arriba la premisa respecto a que el término “peligrosidad”, remite al paradigma positivista. En este sentido, en su libro *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso* (1929), Sebastián Soler realiza un recorrido histórico del uso de esa categoría en nuestro país, retomando a autores clásicos del positivismo, como Ferri y Raffaele Garófalo. Va a analizar críticamente cada uno de los postulados que presenta y, sobre todo, la aplicación práctica de la categoría de peligrosidad, por considerar que en su utilización en los casos de medidas de seguridad aplicadas en forma anticipatoria a un hecho -es decir, antes de que el sujeto cometa un delito-, lo que se hace es ir contra derecho. ¿Por qué afirma esto el autor? Porque detecta que bajo esa categoría, entran al menos dos tipos de personas: aquellas que han cometido una serie de hechos que pueden considerarse delitos por el Código Penal (CP), convirtiéndose de ese modo en peligrosos y aquellos que no han cometido ningún hecho, pero que reúnen ciertas características que podrían hacerlos proclives a actuar de determinada manera. Lo que sostiene Soler es que, en ambos casos, lo que está primando es una premisa anticipatoria, o bien porque el sujeto ya ha delinquido y por lo tanto ya tiene predisposición al delito o por portar ciertas características, que bien pueden ser biológicas, de carácter o fenotípicas.

Otro autor que aborda la premisa anticipatoria es Francesco Carrara, quien diferencia el daño potencial del peligro. Su idea en torno al daño potencial es la siguiente: “cuando no sobreviene la pérdida completa del bien atacado, existe sólo en el resultado del acto externo la potencia necesaria para producirla, pero no ha llegado a ser completa la violación del derecho” (Ruiz-Funes, 2011: 1125). El peligro será diferente del daño, presentándose mediante dos tipos de conducta, dando lugar cada uno de ellos a una categoría diferente:

A) *Appreso*: es aquel que no ha presentado jamás un estado de hecho que hiciera inminente la violación del derecho. Es un peligro inmediato, probable, por correr, pero que no se ha hecho efectivo todavía.

B) *Corso*: es un peligro que nace de un estado de hecho que, en un momento dado, hace inminente la violación del derecho.

Dirá que el peligro *appreso* no es susceptible jamás de ser inculcado y sólo cae bajo la acción de las medidas de buen gobierno, excluyéndolo del derecho penal.

Donde hay mero peligro, el derecho penal no ha sido violado todavía, sino solamente

amenazado. Mariano Ruiz-Funes (2011) concluye que el estado del hombre y la disposición que puede derivarse de él, relacionados con el factor negativo de que “no se han traducido en una situación de hecho que haga inminente la violación del derecho” (2011: 1125) y valorados como un peligro por correr, probable, e incluso inmediato, son elementos integrantes del peligro sin delito.

Plantea en su escrito sobre el tema, que implica una conducta futura en relación con un delito que ya ha sobrevenido o con otra ya existente. El peligro implica un pasado, un presente y un futuro, una conducta pretérita, actual y no venidera.

En este sentido, importa determinar la función de lo posible y lo probable en el concepto de peligro porque, así planteado, es la posibilidad y probabilidad. Lo posible es expectativa de conducta; lo probable, pronóstico de conducta. Lo probable es lo verosímil, lo que es lógico que suceda, aunque no llegue a ocurrir.

Isidoro De Benedetti, en el *Primer Congreso Latinoamericano de Criminología* en 1938, sostuvo que la posibilidad es un juicio abstracto en el que prescinde de las características de un sujeto determinado; y la probabilidad, un juicio sobre las circunstancias concretas de una persona o de ciertos actos. El peligro no es sólo y necesariamente un juicio, sino también un estado. Es este último elemento el que, asociado a la probabilidad, engendra el juicio. La operación mental que sirve de base al juicio de peligro se funda, indudablemente, en la idea sugerida por la situación del sujeto y en las relaciones que autoriza a suponer como verosímiles, es decir, en las relaciones probables entre la manera de ser y una determinada conducta. Es, sin duda alguna, un juicio subjetivo.

El peligro es, sobre todo, la situación de una persona y los modos de ser y de actuar sucesivos que parece desprender de ella en función de los cambios probables que han de influir sobre sus condiciones de vida. Es el estado y la probabilidad.

Abel Cornejo (1991) realiza una división entre lo que llama “delitos de peligro concreto” y los “delitos de peligro abstracto o potencial”. El autor sostiene que el núcleo central del delito es la acción, mediante la cual se lesiona un bien jurídico que el orden, también jurídico, valora. De esta manera, se entiende por delitos de peligro real a aquellos en los que el resultado consiste en la causa efectiva y cierta de un peligro, el fenómeno en el que el peligro se produce es el de la consumación. A su vez, en los delitos de peligro abstracto, lo típico es la realización de una conducta idónea para causarlo y, en estos casos, el momento en el que se realiza coincide con el de la acción propiamente dicha: no es preciso esperar para que el resultado se produzca.

Patricia Ziffer (2006) analiza cómo en la concepción de peligrosidad predomina la

perspectiva de la predicción a futuro, que lleva a tomar como decisivo para calificar a alguien como “peligroso” no lo que hace o hizo, sino lo que se sospecha que hará por el sólo hecho de presentar ciertas características individuales. En este sentido, la autora sostiene que, a la hora de tomar una decisión basada en la peligrosidad de un sujeto, el juicio de valor que se realiza es subjetivo y el derecho, generalmente, se jacta de ser objetivo: la aplicación de la ley tal cual lo indica el Código.

También en el fallo “Gramajo SCJN s/ Inconstitucionalidad del art. 52”, se hace referencia al hecho de que, cuando se toma a la peligrosidad como pronóstico de conducta, esta caracterización es siempre injusta o irracional por su carácter de probabilidad, de predicción, lo cual carece de cualquier base científica, quedándose en lo meramente empírico.

### **¿Cómo se juega el concepto de peligrosidad en la especificidad del padecimiento mental?**

Para seguir con las conceptualizaciones que venimos desplegando, podemos mencionar a Vicente Cabello (1963), quien sostiene que la medida de seguridad no es retributiva como la pena, ya que se fundamenta en la peligrosidad y no en la importancia del bien lesionado, atendiendo más a lo que la persona es que a lo que ha hecho, basándose la medida de seguridad en una condición personal del individuo que ha de ser indeterminada, pues su duración depende del efecto educativo y curativo que haya experimentado aquel a quien se impone. En este sentido, Ziffer (2006) será taxativa a la hora de sostener que, si la premisa peligrosista se justifica en los casos en los que un sujeto es considerado peligroso porque ya ha delinquido con anterioridad, esto se debe a que, en realidad, la cárcel no sirve como dispositivo “re-socializador”, sino que el efecto que produce en el sujeto es el contrario. Es el mismo sistema penal, en su aplicación, el que convierte en peligrosa a una persona y el “efecto curativo” no es tal.

De acuerdo con el fallo “Gramajo Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”:

(...) las únicas medidas de seguridad en la ley argentina son curativas. No existen en nuestra ley medidas de seguridad que se limiten a meras privaciones de la libertad y que se ejecuten igual que la pena de prisión, lo cual es perfectamente razonable y constitucionalmente viable, pues ninguna pena, por el hecho de imponerse con relativa indeterminación temporal y privársele de algunos beneficios

ordinarios deja de ser pena: dicho en otras palabras, una pena que adopta condiciones más gravosas no es menos pena que sin esas condiciones; en última instancia sería una pena más grave, pero nunca perdería su naturaleza de pena (2006: s/p).

Ignacio Muñagorri Laguia (2006), especialista en derecho penal, plantea que los conceptos “control preventivo” y “peligrosidad” están íntimamente vinculados a las políticas de seguridad. Cita a Carlos Paredes cuando plantea que la seguridad remite a ciertos juicios de probabilidad que se realizan acerca de la conservación o alteración de un estado de cosas que se considera valioso. Entonces, la perspectiva securitaria alimenta intervenciones previas ante peligros, ya sean cercanos o remotos; se implanta la idea de que esos peligros proceden de conductas, de actitudes, incluso de determinado estatus social que lo cual lleva a atribuir etiquetas negativas a determinados grupos sociales. Es decir, se atribuye “peligrosidad”, un concepto que se convierte en un atributo utilizado fácil y políticamente. Así, y tomando a Tamar Pitch para sus argumentos, el autor -en consonancia con lo que plantea Ziffer- refiere que la elección de aquello que se destaca como peligroso no es objetiva sino que es intrínsecamente política, utilizada esencialmente con el objetivo de consolidar la organización social existente, dominante. Las prácticas de prevención tienen un efecto de disciplinamiento legitimado por el discurso y esto debe entenderse como una modalidad política para reafirmar el orden social.

Un caso paradigmático de la aplicación de medida de seguridad en base a la “peligrosidad” de quien ha delinquido, lo encontramos en el “Fallo Gramajo”. Allí se sustenta la inconstitucionalidad del artículo 52 del Código Penal, con el argumento de que la reclusión accesoria por tiempo indeterminado constituye una pena y no una medida de seguridad, en tanto la medida de seguridad se le impone a Gramajo por los antecedentes personales y no por el hecho cometido en esta ocasión. En otras palabras, lo que prima es su peligrosidad y, así, la medida de seguridad sólo se utiliza como modo de resguardo social.

La construcción del “loco peligroso” se reafirma y refuerza cuando la persona con padecimiento mental entra en conflicto con la ley penal.

Esto nos permite abrir la indagación acerca de qué sucede entonces cuando la persona que delinque posee un padecimiento mental, ¿se lo considera un “loco” o un criminal? ¿Interno o paciente? Como bien expresa el artículo 1 de la Ley 26657 (Ley Nacional de Salud Mental): “Es importante asegurar la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los Derechos Humanos de aquellas con padecimiento mental que se

encuentran en el territorio nacional”, pero en este contexto ¿qué pesa más? ¿el delito? ¿la “peligrosidad” del sujeto que porta un padecimiento mental y que ha delinquido? ¿la persona con padecimiento mental?

### **Primeras conclusiones**

Entre las conclusiones preliminares a las que pudimos arribar -teniendo en cuenta que el recorrido que presentamos es sólo una pequeña parte integrante de una investigación mucho más grande- podemos afirmar que, en la actualidad, se sigue utilizando el concepto de peligrosidad tal como lo presentara el positivismo italiano de Ferri y Garófalo; observándose sobre todo en los casos en los que se aplican medidas de seguridad a personas con padecimiento mental que han cometido algún tipo de delito.

La privación de libertad en unidades penitenciarias psiquiátricas sigue siendo la medida privilegiada, aún encontrándose vigente la Ley 26657 y teniendo las recomendaciones de la Comisión Nacional Interministerial en Políticas de Salud mental y Adicciones (CONISMA) que indican que las medidas que deben utilizarse siempre deben cumplirse en instituciones de salud. Así, el “tratamiento” que recibe el sujeto es o bien medicalización o bien aislamiento, cuando no una combinación de ambos.

La ley penal tiene la característica particular de que se aplica una vez que se ha cometido un delito; es por esto que podemos sostener -luego de todo lo que hemos desarrollado hasta aquí- que la categoría de “peligrosidad” iría contra derecho, ya que se basa, sobre todo en la predicción; y, bajo una premisa “preventiva”, pone en juego “medidas de seguridad”, que nunca son ante un riesgo para sí mismo, sino para terceros: ¿peligroso para quién? Para el orden social.

Entonces, retomando nuestra hipótesis, la aplicación del concepto “peligrosidad” para indicar medidas de seguridad en personas con padecimiento mental, va contra un derecho pensado en términos democráticos y se constituye como la piedra angular de un Derecho Penal peligrosista y subjetivo.

Adherimos a Ziffer (2006) cuando plantea la imposibilidad de legitimar la privación de libertad de cualquier persona basada en una sospecha, cuyo único objetivo sería paliar el temor de la sociedad hacia determinadas personas.

Si aquel que comete un delito es una persona que porta un padecimiento mental se asiste, en la mayoría de los casos, a tal confusión que tiene por punto de llegada la equiparación de padecimiento mental con peligrosidad.

La lógica del sistema de administración de justicia penal -y puntualmente la lógica penitenciaria aplicada al campo de la salud mental- convierte, entonces, el abordaje actual de aquellas personas privadas de libertad bajo medidas de seguridad por presentar algún tipo de padecimiento mental, en esta suerte de “cambalache” problemático y febril.

### Referencias bibliográficas

- Cabello, V. (1963). “Peligrosidad penal de los enfermos mentales. La fórmula de los cinco elementos”. En *Revista La Ley*, Vol. 112, pp. 876-882.
- Cornejo, A. (1991). *Los delitos del tráfico de estupefacientes*. Buenos Aires: Alfa Beta.
- De Benedetti, I. (1938) *Primer Congreso Latinoamericano de Criminología*. Buenos Aires: Sociedad Argentina de Criminología.
- Muñagorri Laguía, I. (2006). “Políticas de seguridad, control preventivo y peligrosidad. La construcción del orden social securitario”. En *Revista Delito y Sociedad*, (s/d).
- Ruiz-Funes, M. (2011). “Algunos conceptos sobre la peligrosidad”. en *Revista La Ley*, Vol. 3, pp.943-950.
- Soler, S. (1929). *Exposición y crítica de la teoría del Estado Peligroso*. Buenos Aires: Valerio Abeledo.
- Ziffer, P. (2006). “La idea de ‘peligrosidad’ como factor de prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso ‘Fermín Ramírez’”. En *Suplemento La Ley de Derecho Constitucional*, (s/v), pp. 45-56.

### Leyes, decretos y fallos

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo “Gramajo Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”, septiembre de 2006.

Código Penal Argentino

Ley 26657 (de Protección de la Salud Mental)